

BERND FRANKEMÖLLE

Die Zeitgebundenheit
juristischer Denkweise
und Argumentation

Studien zum Privatrecht

136

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 136



Bernd Frankemölle

Die Zeitgebundenheit juristischer Denkweise und Argumentation

Exemplifiziert an der Darstellung des
Streitgegenstandsbegriffs im
Kommentar Stein/Jonas

Mohr Siebeck

Bernd Frankemölle, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Münster; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Deutsches und Internationales Familienrecht der Universität Münster; Rechtsreferendariat in Berlin; 2024 Promotion; Richter am Landgericht Düsseldorf.

orcid.org/0009-0004-2210-4684

D6

ISBN 978-3-16-164586-0 / eISBN 978-3-16-164587-7

DOI 10.1628/978-3-16-164587-7

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnetet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Satz: Laupp und Göbel, Gomaringen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Friedrich Stein schrieb im Vorwort zur 10./11. Auflage des Kommentars Stein: „Niemand weiß besser als ich, daß es auch der redlichsten Anstrengung nicht beschieden ist, Vollkommenes zu schaffen“. An dieses Zitat musste ich während der Arbeit an dem vorliegenden Werk oft denken. Es hat mich ermutigt, diese langwierige und manchmal nervenraubende Aufgabe nicht aufzugeben.

Ich möchte mich bei Frau Prof. Dr. Heiderhoff für die außergewöhnliche Idee, die Unterstützung und die Geduld bedanken. Bedanken möchte ich mich zudem bei Herrn Prof. Dr. Kindl für das äußerst freundliche und vor allem gründliche Zweitgutachten.

Zuletzt möchte ich mich bei meinen Eltern und insbesondere meiner Frau Nicoleta bedanken. Ohne die Geduld und die seelische sowie am Ende auch tatkräftige Unterstützung wäre dieses Projekt niemals beendet worden!

Im Juni 2025

Bernd Frankemölle

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
A. Einführung	1
I. Der Streit	2
II. Der Kommentar	5
III. Die Einflüsse	6
B. Grundlagen dieser Arbeit und Begriffsklärungen	9
I. Der Kommentar als Untersuchungsgegenstand	9
II. Sprachgebrauch in dieser Arbeit	10
1. Klärung der Begriffe „juristische These“ und „juristische Theorie“ .	10
2. Argumentation und Argument	12
3. Klärung des Begriffsfelds „Juristische Methodenlehre“	13
a) Methodik als Interpretation des Gesetzes	14
b) Methodik als Konstruktion	15
c) Normativität der Methodik	16
III. Dogmatik und dogmatische Evolution	16
1. Begriff und Funktion juristischer Dogmatik	17
2. Dogmatik als Kommunikationsraum	22
3. Dogmatik und Zeitgeist	25
a) Die Zeitgebundenheit juristischen Denkens	25
b) Dogmatische Evolution	26
4. Dogmatik und Methodik	28
IV. Auslegung und andere Argumente	28
V. Grundlegende Argumentformen	30
1. Die Auslegungselemente als Argumente	31
2. Weitere Argumentformen	34
VI. Juristische Rhetorik und Logik	37
VII. Die Binnendogmatik des Zivilprozessrechts	38

C. Die historische Entwicklung in fünf Epochen	43
I. Die Ausgangslage vor dem Erscheinen der ersten Auflage	44
1. Der klassische Auslegungskanon	44
2. Die Historische Rechtsschule und die Begriffsjurisprudenz	45
a) Gegenstand der Historischen Rechtsschule	48
aa) Die Bedeutung der Geschichte und ihrer Entwicklung	51
bb) Begriffskonstruktion	52
cc) Die Bedeutung des Systems	53
b) Kritik an der Begriffsjurisprudenz	54
c) Die sogenannte konstruktive Epoche der Zivilprozessrechts- wissenschaft	57
II. Die Zeit von 1879 bis 1898 (Auflagen 1–3)	58
1. Historischer Kontext	58
a) Die Historische Rechtsschule im Zeitraum 1879–1898	60
b) Der Zweck: Objektive und subjektive Methode	60
aa) Die subjektive Methode	60
bb) Voll im Trend: die objektive Methode	61
cc) Wach als Methodiker und Zivilprozessualist	63
2. Zur Person Ludwig Gaupp	64
3. Zur Person Friedrich Stein (ab Auflage 3)	65
4. Grundannahmen im Kommentar	67
5. Verständnis des Streitgegenstands	67
a) Begriff von Anspruch und Streitgegenstand	67
b) Der Rechtsschutzanspruch	69
c) Verständnis des Klagegrundes	69
aa) Der Klagegrund und das Versäumnisurteil in Auflage 1	70
bb) Eine Umkehr zu den Motiven in den Auflagen 2 und 3	72
cc) Einheitlichkeit der Begriffsbildung beim Klagegrund	74
d) Auswirkung auf einzelne Institute	75
aa) Kognitionsschranken	75
bb) Der materielle Anspruch als Gegenstand der Rechtskraft und Rechtshängigkeit	75
cc) Das Verhältnis der Klagearten in der Rechtshängigkeit	77
dd) Rechtskraft bei Teilklagen	77
e) Einordnung	78
aa) Auflage 1	78
bb) Auflagen 2 und 3	78
cc) Ergebnis	79
III. Die Zeit von 1899 bis 1913 (Auflagen 4–11)	80
1. Historischer Kontext	80
a) Die Bedeutung des BGB für das Rechtsbewusstsein	80

b) Die Freirechtsbewegung	82
c) Die Interessenjurisprudenz	84
2. Zur Person Martin Jonas	88
3. Verständnis des Streitgegenstandsbegriffes	89
a) Die Bejahung des Rechtsschutzanspruches als wesentliche dogmatische Neuerung	89
aa) Konstruktiver Hintergrund des Rechtsschutzanspruchs . . .	89
bb) Steins Argumentation	91
cc) Das Verhältnis zum Streitgegenstand	92
dd) Das Rechtsschutzbedürfnis als Voraussetzung des Rechtsschutzanspruchs	92
b) Die Rechtsfolge als „farblose“ Korrektur des ursprünglichen Anspruchs begriffs	93
c) Einheitlicher Begriff des Streitgegenstands	95
d) Verständnis des Klagegrundes und Bezug zum materiellen Recht	95
e) Auswirkung auf die einzelnen Rechtsinstitute	98
aa) Rechtshängigkeit und das Verhältnis der Klagearten zueinander	98
bb) Klageänderung und Klagehäufung	99
cc) Die Rechtskraft	100
f) Einordnung	101
IV. Die Zeit von 1924 bis 1943 (Auflagen 12–16)	102
1. Historischer Kontext	104
a) Weimarer Republik	104
aa) Novellen	104
bb) Juristische Methodik im späten Weimar	105
b) Nationalsozialismus	105
aa) Novellen und faktischer Stillstand	105
bb) Juristische Methodik im Nationalsozialismus	106
(1) Objektive Methode	109
(2) Konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken und konkret-allgemeine Begriffe	110
(3) Die Interessenjurisprudenz	112
2. Rechtsverständnis und Methodik des Martin Jonas	112
3. Verständnis des Streitgegenstandsbegriffes	114
a) Weitgehend unverändertes Fortbestehen des Rechtsschutzanspruches	115
b) Der Streitgegenstandsbegriff	115
aa) Klagegrund und Bezug zum materiellen Recht	116
bb) Die Klagehäufung	119
cc) Rechtshängigkeit und Klageänderung	119

c) Exkurs: Jonas' „Gedanken zur Prozessreform“	119
d) Einordnung	120
V. Die Zeit von 1949 bis 1975 (Auflagen 17–19)	121
1. Historischer Kontext: Die frühe Bundesrepublik und ihre Methodik	121
a) Die Wertungsjurisprudenz	123
aa) System und Prinzipien in der Wertungsjurisprudenz	124
bb) Wertungsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz	127
cc) Die grundlegende Bedeutung der Wertungen	129
dd) Kritik an der Wertungsjurisprudenz	130
b) Die Konstitutionalisierung des Privat- und Zivilprozessrechts	130
c) Argumentationstheorie und Topikdiskussion	132
d) Juristische Hermeneutik	135
2. Methodisches Verständnis der Autoren der 17.–19. Auflage	136
a) Die 17. und 18. Auflage: Schönke bleibt dem Alten verhaftet	136
b) Die 19. Auflage: Pohle versucht sich zaghaf am Neuen	138
aa) Die „überwiegend teleologisch-funktionelle“ Betrachtung des Zivilprozesses	138
bb) Der Schutz subjektiver Rechte als vorrangiger Prozesszweck	141
c) Der zweite Teil der 19. Auflage: Schumann und Leipold weisen in die Zukunft	142
3. Rechtsschutzanspruch und -bedürfnis	143
a) Ablehnung des Rechtsschutzanspruchs in Auflage 17 und 18	143
b) Erneute Anerkennung des Rechtsschutzanspruchs in Auflage 19	146
4. Der Streitgegenstand in den Auflagen 17–19	151
a) Fast alles beim Alten in Auflage 17 und 18	151
b) Auflage 19 bricht mit Traditionen	152
aa) Grundsätzliches Verständnis des Streitgegenstandes	153
(1) Diskussion zur Einheitlichkeit	153
(2) Die Definition und ihre Begründung	154
(3) Erweiterungen und Einschränkungen durch das Gesetz .	155
(4) Auswirkungen auf Rechtshängigkeit, Klageänderung und Klagenhäufung	156
bb) Die Abweichungen beim Urteilsgegenstand	157
(1) Der Umgang mit Zeuners Ansichten	160
(2) Die rechtliche Qualifikation	161
(3) Das Teilarteil	162
cc) Verständnis des Klagegrundes	163
dd) Begrenzung des Klagegrundes und Kognitionsschranken . .	164
c) Einordnung	167

VI. Die Zeit ab 1977 (Auflagen 20–23)	168
1. Historischer Kontext	169
a) Die Reformen von ZPO und BGB	169
b) Die weitere Entwicklung der Wertungsjurisprudenz	170
b) Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf die Methode	171
c) Auf dem Weg zu einer „Abwägungsjurisprudenz“?	172
d) Folgenorientierung und ökonomische Analyse des Rechts	173
f) Der wachsende Einfluss des Europäischen Rechts allgemein	175
aa) Möglicher Einflussfaktor: Der europäische Streitgegenstandsbegriff	175
bb) Die Urteile des EuGH, vor allem Gubisch/Palumbo und Tatry/Maciej Rataj	176
2. Methodische Grundannahmen in den Auflagen	177
a) Die Zwecke des Zivilprozessrechts	178
b) Die Wertungen des Zivilprozessrechts	178
c) Die Methode der Rechtsanwendung im Zivilprozess	179
aa) Schumann in Auflage 20	179
bb) Neues mit Brehm ab Auflage 21	181
3. Der Streitgegenstand	182
a) Rechtsschutzanspruch und Rechtsschutzbedürfnis	182
b) Thesenbildung: Mit der Mindermeinung für die Begriffsrelativität	184
aa) Kommentareigene These: Die relative Begriffsbildung nach Verfahrensstadien	185
bb) Dogmatische Neuerungen bei Roth und Althammer	186
cc) Argumente für die eigene These	187
(1) Funktionale Beziehungen	188
(2) Prozessökonomie	189
(3) Auflagen 22 und 23: Der neue § 213 BGB	190
(4) Auflagen 22 und 23: Argumente für den rechtsschutz- formunabhängigen Verfahrensgegenstand	190
(5) Argumente für den engen Urteilsgegenstand	191
dd) Entkräftigung der gegen die Relativität sprechenden Argumente	192
ee) Unentschlossenheit gegenüber Althammer	192
ff) Entkräftigung konkurrierender Thesen	193
(1) Umgang mit dem herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff	193
(2) Argumente gegen andere relative Ansichten	194
(3) Umgang mit dem „absolut-eingliedrigen“ Streitgegenstandsbegriff	194

(4) Bei den materiell-rechtlichen Theorien von Unentschiedenheit zur Ablehnung	195
gg) Umgang mit der Rechtsprechung von EuGH und BGH	196
(1) Die Kernpunkttheorie des EuGHs und den sich darauf beziehenden Ansichten	196
(2) Die Rechtsprechung des BGH	197
c) Die tatsächlichen Elemente	198
d) Auswirkungen auf die weiteren Prozessinstitute	200
aa) Das praktische Verhältnis der Klagearten zueinander	200
(1) Feststellungsklagen	201
(2) Positive Feststellungsklage und Leistungsklage	201
(3) Negative Feststellungsklage und Leistungsklage	201
bb) Kognitionsschranken	203
cc) Tatsachenpräklusion	205
e) Einordnung	208
aa) Veränderung der Argumente	208
bb) Eine neue und offene Argumentationsweise	209
D. Auswertung der Entwicklung aus verschiedenen Perspektive	211
I. Entwicklung der Thesen	211
II. Entwicklung der Argumente	212
1. Die Einflüsse der wichtigsten Strömungen im Laufe der Zeit	212
2. Die Argumentformen	216
a) Historische Argumente und der Wille des Gesetzgebers	216
b) Argumente des objektiven Zwecks	217
c) Begriffliche Argumente	217
d) Ontologische Argumente	218
e) Systematische Argumente	219
f) Prinzipienargumente	221
g) Praktische Bedürfnisse und Folgenargumente	222
h) Dogmatische Argumente	222
i) Autoritative Argumente	223
j) Logik-Argumente	224
III. Entwicklung der Darstellungsweise	224
IV. Schlussbetrachtung	228
E. Zusammenfassung	229
Literaturverzeichnis	231
Sachregister	243

A. Einführung

In dieser Arbeit wird der Versuch unternommen, anhand der dreiundzwanzig Auflagen des Kommentars zur Zivilprozessordnung *Stein/Jonas* verschiedene Einflüsse auf die Entwicklung der Diskussion über den Streitgegenstandsbegriff im Kontext ihrer Zeit nachzuzeichnen. Dabei soll ein Licht auf die methodische Herkunft der angeführten Argumente geworfen werden. Am Anfang der Arbeit zu diesem Thema stand die immer wieder angeführte These, dass diese Diskussion stark begriffsjuristisch geprägt sei. Ob dies der Fall war und welche methodischen Schulen und Denkartens möglichlicherweise noch Einfluss auf die Diskussion genommen haben könnten, soll hier untersucht werden.

Die Untersuchung wurde auf den besagten Kommentar beschränkt, um die gewaltige Masse an Literatur¹ bewältigen zu können. Dahinter steht die Annahme, dass dieser Kommentar den Anspruch verfolgt, jeweils umfassend den Meinungsstand seiner Zeit wiederzugeben, aber gleichzeitig wie ein Sieb wirkt und Meinungen auf den Punkt bringt. Eine weitere Beschränkung liegt darin, dass eine eigene Bewertung des Streitstandes in dieser Arbeit nicht erfolgt, denn Theorien zum Streitgegenstand gibt es zur Genüge.

Wie die allermeisten Menschen sind auch Juristen in der Regel *Kinder ihrer Zeit*, sozialisiert in bestimmter Weise, haben gesellschaftliche Erwartungen an sich internalisiert² und argumentieren deshalb tendenziell, wie der Zeitgeist es gerade lehrt³. Nur vereinzelt trifft man auf die Vorstellung, dass juristisches Denken unveränderlich dasteht.⁴ Im Sinne dieser Veränderlichkeit sind Methodenfragen immer auch Verfassungsfragen.⁵ Sie stehen nicht über der jeweiligen Rechtsordnung. Arthur

¹ Stein/Jonas/Schumann, Auflage 20, Einleitung Rn. 267 spricht von einer kaum mehr zu überschenden Fülle an einschlägigen Veröffentlichungen und unterschiedlichen Ansichten.

² Lennartz, Dogmatik als Methode, 2017, S. 92, 95: Diese Erwartungen bilden auch den Rahmen sinnvoller Diskussion; Henke, Über die Evolution des Rechts, 2010, S. 70.

³ Möllers, Juristische Methodenlehre, 1. Auflage 2017, S. 9f, der es im Kontext des berühmten von Josef Esser ausgearbeiteten Vorverständnisses für zutreffend hält, dass „jeder Rechtsinterpret in seinen jeweiligen Kontext und ‚Zeitgeist‘ eingebettet ist“.

⁴ Zum Beispiel bei Schellhammer, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 14. Auflage 2002, S. V: „Gesetze kommen und gehen, die Methode juristischen Denkens und Arbeitens aber bleibt bestehen“, sie sei „keiner Mode unterworfen“; der Autor scheint dabei indes eher die Arbeitsmethode des Richters als die Rechtsanwendung zu meinen (vgl. S. 22).

⁵ Rüthers, Methodenfragen als Verfassungsfragen?, Rechtstheorie Bd. 40 (2009), S. 253, 272; so auch Rückert, Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstreng und Abwägung im Funktionswandel, JZ 2011, 913, 921; nach Röhl, Grundlagen der

Nikisch stellte im Jahr 1952 fest, dass das Prozessrecht „fast noch mehr als das materielle Recht, die Grundideen widerspiegelt, von denen die gesamte Staats- und Gesellschaftsordnung getragen wird, und sich mit diesen Ideen wandelt“.⁶ *Petersen* meint sogar, die historische Abfolge maßgeblicher Strömungen in der juristischen Methodenlehre sei als Paradigmenwechsel im Sinne des Wissenschaftstheoretikers *Thomas Kuhn* sinnvoll beschreibbar.⁷

Sollte diese Annahme zutreffen, so müsste sich die methodische Herangehensweise an den Streitgegenstandsbegriff vom Kaiserreich über den Zeitraum einer Demokratie von kurzer Dauer, einer faschistischen Gewaltherrschaft, einer zweiten Demokratie von langer Dauer und einem zunehmenden Einfluss des Europarechts stark geändert haben. Im Kontrast zu dieser wechselhaften Geschichte blieb das einzelne Gesetz, die ZPO, indes durchgängig im Wesentlichen bestehen.

I. Der Streit

Es handelt sich bei dem Fragenkomplex, wie der Streitgegenstandsbegriff⁸ zu verstehen ist, welche Elemente er beinhaltet, welchen Umfang er hat und ob er für das gesamte Regelungssystem des Zivilprozessrechts einheitlich zu behandeln ist, um zentrale Probleme des Zivilprozessrechts. Dazu gehört auch das untergeordnete Thema, wie der „Klagegrund“ bzw. der „Lebenssachverhalt“ zu verstehen ist und welche Tatsachen diesem zugehören. Es ist von grösster Bedeutung für Kläger und Beklagte, ob ein Anspruch geltend gemacht werden kann oder schon rechtshängig ist bzw. darüber schon rechtskräftig entschieden worden ist. Das klingt zunächst rein rechtstechnisch, jedoch wirft der Streitgegenstand auch Fragen zu Freiheit und Pflichtigkeit der Prozessparteien auf: Ein enges Verständnis des Begriffes legt den Akzent stärker auf die freie und klare Disposition der Parteien, ein weiteres Verständnis legt eine Pflicht der Parteien zur Schonung öffentlicher und gegnerischer Ressourcen nahe.⁹

Methodenlehre I: Aufgaben und Kritik, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, Rn. 8, 11, 17 ist Ausgangspunkt der Methodenlehre Art. 20 Abs. 3 GG; *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 63 bezeichnet die Aussage, Methodenfragen seien abhängig von Annahmen der Verfassungs- und politischen Theorie sogar als „Gemeinplatz“.

⁶ *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, 1. Auflage 1950, S. 18.

⁷ *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, 2001, S. 26.

⁸ Synonym zum Ausdruck „Streitgegenstand“ wird häufig auch vom „prozessualen Anspruch“ gesprochen; der BGH beispielsweise formuliert häufig „Der prozessuale Anspruch (Streitgegenstand)“, siehe z. B. BGH, Urteil v. 07.12.2017 – IX ZR 45/16.

⁹ *Stürner*, Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, ZZP 127 (2014), 271, 284.

Der Streit hat im Laufe der Zeit eine enorme Aufmerksamkeit erhalten¹⁰, vor allem im 20. Jahrhundert¹¹, genauer in der Nachkriegszeit¹², gewann er stark an Bedeutung. Unzählige Aufsätze und Monographien¹³ widmen sich dem Thema und in Kommentaren und Lehrbüchern steht er an zentralen Stellen. Im Gegensatz dazu steht das relative Desinteresse, das in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs offenbar wird. Dieser ist der Meinung, dass der Streit „unfruchtbar“¹⁴ sei, und vertritt in ständiger Rechtsprechung den „zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff“¹⁵.

Es ist somit ein Ungleichgewicht zu konstatieren: „Die Wissenschaft“ nimmt sich immer und immer wieder eines Themas an, das in der Praxis jedoch insgesamt wenige rechtliche Kontroversen aufwirft.¹⁶ Hinzu kommt, dass die verschiedentlich entwickelten Ansichten häufig in der praktischen Anwendung zu demselben Ergebnis kommen.¹⁷ Seit einigen Jahren ist sogar wieder mehr Schwung in der Diskussion.¹⁸ Auslöser dafür ist der Europäische Gerichtshof, der mit seiner europäischen *Kernpunkttheorie* einen Ansatz gewählt hat, der dem deutschen Recht fremd ist¹⁹ und der

¹⁰ Schumann, Auflage 20, Einleitung, Rn. 267 bezeichnet den Streit als *Hauptthema* der zivilprozessualen Wissenschaft.

¹¹ Braun, Systembildung im Zivilprozessrecht, ZZP 131 (2018), 277, 285, sieht die Streitgegenstandslehre Rosenbergs als Beginn des ausufernden Streits, im Laufe dessen sich der Streitgegenstand zu einem „Moloch, der vieles zu verschlingen drohte“ entwickelte.

¹² Stürner, Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, ZZP 127 (2014), 271, 283; Ma, Ma, Die Entwicklung der Streitgegenstandslehre in Deutschland und Europa und ihre Vorbildwirkung für das chinesische Recht, 2013, S. 107: „Blütezeit von den 50er- bis zu den 70er-Jahren“.

¹³ Um nur einige aktuelle zu nennen: Hermes-Keil, Der Streitgegenstand im gewerblichen Rechtsschutz, 2017; Chen, Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft, 2016; Gilsdorf, Der alternative Streitgegenstand im Unterlassungsprozess des Wettbewerbs- und Kennzeichenrechts; Kodde, Der Streitgegenstand im Markenverletzungsprozess; Ma, Die Entwicklung der Streitgegenstandslehre in Deutschland und Europa und ihre Vorbildwirkung für das chinesische Recht; Klassiker sind Nikisch, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1935; Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1954; Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1956; Arens, Streitgegenstand und Rechtskraft im aktienrechtlichen Anfechtungsverfahren, 1960; Jauernig, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, 1967; Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, 1968; Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, 1970; Hesselberger, Die Lehre vom Streitgegenstand, 1970, Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 21.01.1970 – VIII ZR 200/68, Warneyer 1970 Nr. 21, S. 46, 48.

¹⁵ Siehe nur BGH, Urteil v. 07.12.2017 – IX ZR 45/16; BGH NJW 2012, 2180, 2182; BGH NJW 2003, 2317, 2318.

¹⁶ Zu den auch in der Rechtsprechung behandelten Kontroversen zählen beispielsweise das Verhältnis von Leistungs- und Feststellungsklage und beim Verhältnis von Streitgegenstand und Rechtskraft und der Umfang von Unterlassungsklagen im Wettbewerbsrecht, siehe Prütting, Neues zum Streitgegenstand, in: FS Pekcanitez, 2014, S. 301, 303.

¹⁷ Siehe nur HK-ZPO/Saenger, 10. Auflage 2023, Einführung Rn. 107 speziell bezogen auf die Unterscheidung von Ein- und Zweigliedrigkeit.

¹⁸ Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 2, bezeichnet die Rechtsprechung als „so revolutionär, dass mit ihr die deutsche Streitgegenstandslehre insgesamt ins Wanken geraten könnte.“

¹⁹ Wie auch dem Recht der meisten anderen Mitgliedstaaten, siehe dazu Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 115 ff.

als sehr zweckbetont beschrieben werden kann.²⁰ Viele Stimmen richten sich gegen noch mehr Forschung zum Streitgegenstand²¹; der Streit wird totgesagt und dann für wieder lebendig befunden.²² Althammer betont, dass jede neue Schrift zum Streitgegenstand einem hohen Erwartungs- und Rechtfertigungsdruck begegnet.²³

Aber gerade diese Situation lässt den *Streit um den Streitgegenstand* als Gegenstand einer methodischen Untersuchung geeignet erscheinen. Denn er bietet viel theoretischen Stoff und sich unvereinbar gegenüberstehende Thesen. Und vor allem ist er – in verschiedenen Spielarten – so alt wie die Zivilprozessordnung selbst und hat damit die verschiedenen Epochen der widerstreitenden Auslegungslehren lang existiert.

Außerdem besitzt der Streit das Spezifikum, dass es nicht um die Auslegung nur einer Norm bzw. einer Normstelle geht, sondern dass verschiedene Rechtsinstitute der Zivilprozessordnung betroffen sind und sich die grundsätzliche Frage stellt, ob sie einheitlich zu behandeln sind. Der Streit ist auch komplex, denn die traditionellen *canones* helfen nur bedingt weiter. Ein interessanter Nebenaspekt ist, dass sich die relevanten Normen seit Inkrafttreten der ZPO nicht wesentlich geändert haben, die meisten sind sogar identisch geblieben²⁴ und haben nur die Ordnungsziffer gewechselt.

Auffällig ist, dass es in der ZPO gerade keinen einheitlich verwendeten Ausdruck für den Begriff „Streitgegenstand“ gibt. So sprechen die meisten Normen, die für den Streit relevant sind, beispielsweise § 322 Abs. 1 ZPO, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 313 Abs. 2 ZPO, § 261 Abs. 2 ZPO²⁵ von Anspruch, § 1030 Abs. 1 S. 2 vom Gegenstand des Streits und § 261 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 von Streitverhältnis. Es gibt also immerhin eine relative Übereinstimmung der Terminologie, wobei der Ausdruck „Anspruch“ überwiegt. Dagegen spielen die Vorschriften der Zwangsvollstreckung, die den Ausdruck „Anspruch“ nutzen, keine Rolle. Erst bei näherer, systematisierender Betrachtung fällt auf, dass die verschiedenen Ausdrücke etwas Ähnliches – oder möglicherweise sogar dasselbe – bedeuten müssen, dass Anspruch, Gegenstand des Streits und Streitverhältnis in irgendeiner Weise den Umfang des Streits regeln, den die jeweiligen Normen ausgestalten, und damit entscheiden, was zu einem Rechtsstreit vor einem Gericht dazugehört und was nicht.

Andererseits verwenden § 2 ZPO und § 253 Abs. 3 Nr. 2 ZPO explizit den Ausdruck „Streitgegenstand“²⁶ sowie § 6 ZPO, § 23 ZPO und § 264 Nr. 3 ZPO „Gegen-

²⁰ Dazu mehr unter C. VI. 1. f).

²¹ Z.B. Musielak/Voit-ZPO/Musielak, 20. Auflage 2023, Einleitung Rn. 68: „Der praktisch bedeutsame Ertrag dieses Meinungsstreits steht allerdings im umgekehrten Verhältnis zum theoretischen Aufwand“.

²² Siehe nur Prütting, Neues zum Streitgegenstand, in: FS Pekcanitez, 2014, S. 301.

²³ Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 1.

²⁴ Abgesehen von kleinen Änderungen, wie solche der Rechtschreibung.

²⁵ Es gibt noch weitere Normen, die diesen Ausdruck verwenden.

²⁶ Bis zum 1. EheRG von 1977 enthielt auch der § 3 ZPO den Ausdruck „Streitgegenstand“.

stand“, meinen damit aber nur das Objekt des Klagebegehrrens²⁷, also dasjenige, das der Kläger begehrt, und nicht den Gegenstand des Rechtsstreits. Auch die §§ 59, 81, 83 ZPO benutzen den Ausdruck „Streitgegenstand“, meinen aber den materiell-rechtlichen Gegenstand.²⁸ Bemerkenswert ist auch, dass § 81 ZPO und § 83 ZPO die beiden Ausdrücke „Anspruch“ und „Streitgegenstand“ innerhalb eines Satzes nennen.²⁹

Andere Normen, die sich nicht unmittelbar auf den Streitgegenstand beziehen, aber trotzdem auf die Diskussion um den Streitgegenstand Einfluss haben, sind z. B. die Bindung des Gerichts an die Parteianträge gemäß § 308 ZPO, die damit das Prinzip der Parteiherrenschaft in der ZPO verankert, und die Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 II ZPO, die diese Parteiherrenschaft durch Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten festigt.

In dieser Arbeit wird nicht nur der klassische Streit um den Umfang von Rechtsabhängigkeit und Rechtskraft analysiert, sondern auch verwandte Themen werden miteinbezogen, die dem klassischen Streit um den Streitgegenstand nahestehen und deshalb im Kommentar regelmäßig mit abgehandelt wurden. Dies sind der Streit um den Rechtsschutzanspruch, das Rechtsschutzbedürfnis und mögliche Schranken der richterlichen Kognition.

II. Der Kommentar

Es wurde der *Stein/Jonas* gewählt, da er mit Inkrafttreten der ZPO im Jahr 1877 zum ersten Mal erschienen ist und seitdem in regelmäßigen Abständen – mal in sehr rascher Abfolge der Auflagen³⁰, mal mit Pausen von bis zu zwölf Jahren³¹ – über die Entwicklung des Zivilprozessrechts Zeugnis gibt.

Die Autoren des Kommentars verbindet der Anspruch, Streitstände erschöpfend darzustellen.³² Selbstverständlich vertreten sie zwar eigene Meinungen, aber geben auch alle relevanten Meinungen und Entwicklungen eines Themas wieder und nicht nur – wie Praxiskommentare dies häufig tun – die herrschende Meinung und die

²⁷ Allgemeine Ansicht, siehe nur HK-ZPO/Saenger, 10. Auflage 2023, Einführung Rn. 98; Mü-KoZPO/Wöstmann, 6. Auflage 2020, § 2 ZPO Rn. 3: der Wert des Streitgegenandes sei „das quantitative Maß des Begehrrens“.

²⁸ BeckOK-ZPO/Dressler, 50. Edition 01.09.2023, § 59 Rn. 12; Musielak/Voit-ZPO/Weth, 20. Auflage 2023, § 60 Rn. 8.

²⁹ Da die beiden Vorschriften den Umfang der Prozessvollmacht bei „Verzichtleistung auf den Streitgegenstand“ und die „Anerkennung des [...] Anspruchs“ betreffen.

³⁰ Zwischen 1897 und 1913 erschienen es neun Auflagen, wobei zu beachten ist, dass damals Doppel- oder Mehrfachauflagen üblich waren, da die Auflage nur eine bestimmte Stückzahl bedeutete, siehe „Die Autoren des Stein/Jonas bis zur 22. Auflage“, Auflage 23, S. VII f.

³¹ Der Zeitraum vom Erscheinen der 11. Auflage 1913 bis zur 12. Auflage 1925 beträgt zwölf Jahre.

³² Gaupp, Auflage 1, Einleitung, S. V f. möchte der Rechtsanwendung dienen, aber auch die Theorie im Blick behalten.

relevanteste Rechtsprechung.³³ Das ist nämlich die typische Funktion eines juristischen Kommentars: Er verbindet Praxis und Wissenschaft. Der Kommentar geht auf beides ein. Er erschließt für den Praktiker die Wissenschaft, indem er akademische Streitstände auf den Punkt bringt. Gleichzeitig dokumentiert und systematisiert er die Entwicklung der Rechtsprechung³⁴ und zieht aus deren Urteilen Schlüsse.

III. Die Einflüsse

Die klassische juristische Methodenlehre umfasst einige einflussreiche *Rechtsschulen*, die die deutsche Rechtswissenschaft geprägt haben.³⁵ Während sich diese häufig mit einer gewissen Verzögerung an den allgemeinen geisteswissenschaftlichen Großtrends orientierten³⁶, blieben sie auch nicht ohne Einfluss auf die Zivilprozeßrechtslehre. So schreibt *Brehm*:

„Historisch gesehen zeigt sich diese Unterordnung unter die allgemeine Methodenlehre an der Herrschaft der jeweils zeitgenössischen Methodenauffassung auch im [Zivilprozeßrecht]. Der Weg führt hier nicht anders als im materiellen Recht von der Begriffsjurisprudenz über Gedanken der Freirechtsschule zur Interessenjurisprudenz und zur Lehre vom kausalen Rechtsdenken, um dann in die teleologische Methode und die Wertungsjurisprudenz zu münden“.³⁷

Auch ist fraglich, wie sich das jeweils herrschende Verständnis vom Prozesszweck als „übergeordnete Wertkonstante“ auf den Streitgegenstand ausgewirkt hat.³⁸ Dem folgend müsste die Begriffsjurisprudenz³⁹ anfänglich einen großen Einfluss auf die Diskussion gehabt haben, vor allem bezüglich der Frage, ob der Begriff einheitlich zu

³³ Würnberger, Grundlagenforschung und Dogmatik aus deutscher Sicht, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 3, 8 bescheinigt den Praktikerkommentaren, nicht aber den Großkommentaren, weitgehende Theoriefreiheit.

³⁴ Jansen, Rechtswissenschaft und Rechtssystem, 2018, S. 56 sieht die Rechtsprechungssystematisierung sogar als vorrangiges Ziel des Kommentars an.

³⁵ Überblicksartig zur Geschichte der Methodenlehre und dabei insbesondere auf die Frage eingehend, ob Methodengeschichte eine eigene Methode braucht, Baldus, Geschichte der Rechtsmethode – Methode der Rechtsgeschichte, JZ 2019, 633.

³⁶ Lennartz, Dogmatik als Methode, 2017, S. 11f.; ähnlich Steininger, Die Jurisprudenz auf Erkenntnissuche? – Ein Plädoyer für eine Neuorientierung der Rechtswissenschaft, NJW 2015, 1072, 1076.

³⁷ Brehm, Auflage 22, Einleitung Rn. 53; Rückert zählt für die letzten 200 Jahre neun große Strömungen auf: „Prinzipienjurisprudenz, Freirecht, Interessenjurisprudenz, NS-Jurisprudenz, Wertungsjurisprudenz nach 1945, kritisch-politische Jurisprudenz und Argumentationstheorie“, Rückert, Die Schlachtrufe im Methodenkampf – Ein historischer Überblick, in: Rückert/Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts, 3. Auflage 2017, Rn. 1358.

³⁸ So Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 749.

³⁹ Nach Gottwald, Argumentation im Zivilprozeßrecht, ZZP 93 (1980), 1, 5, wird das Zivilprozeßrecht gelegentlich als Hort der Begriffsjurisprudenz angesehen; Prütting, Neues zum Streitgegenstand, in: FS Pekcanitez, 2014, S. 301, 308 verweist auf Stimmen, die die Diskussion um den Begriff des Streitgegenstandes als „begriffsjuristische[n] Streit ohne Relevanz“ ansehen.

verstehen ist⁴⁰, später aber gegenüber anderen Rechtsvorstellungen an Gewicht verloren haben.

Darüber hinaus soll auch die Einwirkung anderer möglicher Einflüsse untersucht werden. Potentiell kommen unter anderem in Frage: Die *objektive Methode*, die Freirechtsbewegung⁴¹, das faktisches Ordnungsdenken als die Methode des Dritten Reichs, die Interessenjurisprudenz⁴², die neue Naturrechtslehre der Nachkriegszeit, die Grundrechte und der Grundsatz der Prozessökonomie, der um 1970 großes Interesse hervorrief⁴³. Andere Einflüsse könnten ganz praktischer Natur sein, beispielsweise die Rechtsprechung, sowohl die europarechtliche als auch die des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs oder zuletzt Reformen der ZPO, die andere Bewertungen nötig gemacht haben könnten. Zu beachten ist aber, dass in Einzeldiskussionen praktisch nie idealtypisch im Sinne einer ausgearbeiteten Methode gearbeitet wird und höchstens Tendenzen gekennzeichnet werden können.⁴⁴

⁴⁰ Siehe zu dieser Auffassung *Ekelöf*, Der Prozeßgegenstand – ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz, ZZP 85 (1972), 145, so auch *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 747; im ersten Satz des Vorworts (S. V) benennt *Althammer* schon den Vorwurf die Streitgegenstandsdiskussion sei begriffsjuristisch.

⁴¹ *Brehm*, Auflage 22, Einleitung Rn. 56 meint, diese sei „von großer Bedeutung“ für das Zivilprozessrecht.

⁴² *Brehm*, Auflage 22, Einleitung Rn. 57: „hat sich im bürgerlichen Recht durchgesetzt“.

⁴³ *Brehm*, Auflage 22, Einleitung Rn. 110; davon hiernach umfasst auch die *Law-and-Economics*-Bewegung, die nach *Stürner*, Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, ZZP 127 (2014), 271, 310 f. aus neoliberalen Geistesströmungen hervorgegangen ist; zum Desinteresse am Begriff der Prozessökonomie vor ca. 1970, aber mit dem Hinweis, dass die Idee dahinter auch schon vorher zahlreich vertreten wurde, siehe *Schumann*, Die Prozeßökonomie als rechtsethisches Prinzip, in: Paulus (Hrsg.), FS Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 271, 272 ff.

⁴⁴ *Pawlowski*, Zum sog. Verfolgungsrecht des Gerichtsvollziehers – Eine Kritik der Interessen- und Wertungsjurisprudenz, AcP 175 (1975), 189, 207.

B. Grundlagen dieser Arbeit und Begriffsklärungen

Im Folgenden sei eine Einführung in die Themen der juristischen Dogmatik, Methodik und Argumentation gegeben, da diese als Grundlagen der Untersuchung einer Aufhellung und einer Abgrenzung voneinander bedürfen. Auch der Wandel von Thesen und Argumenten im Laufe eines juristischen Diskurses und seine Voraussetzungen sollen kurz bedacht werden.

I. Der Kommentar als Untersuchungsgegenstand

Die Kommentarreihe ist als Untersuchungsobjekt ausgesucht worden, weil Kommentare, vor allem solche, die nicht bloß ein praktisches Interesse verfolgen, sondern wissenschaftlichen Ansprüchen genügen, einen Verbindungspunkt zwischen Wissenschaft und Praxis darstellen.¹ Während Monografien, wie insbesondere Qualifikationsschriften, zumeist einen neuen Gedanken entwickeln oder herausstellen wollen, zielt der Kommentar in aller erster Linie auf die Information des Lesers ab. Die Autoren eines Kommentars sind damit regelmäßig nicht diejenigen, die einen Meinungsstreit voranbringen, dafür aber im Gegensatz zu den Verfassern ebenjener Monografien diejenigen, die mit ihrem Werk die Praktiker erreichen. In dieser verantwortungsvollen Position erfüllen sie eine Kanalisierungsfunktion. Aus einer Vielzahl wissenschaftlicher Thesen und stützender Argumente, die die Rechtswissenschaftler im Wege verschiedenster Publikationsformate und die Praktiker in Gerichtentscheidungen entwickelt haben, finden diejenigen Aufnahme in den Kommentar, die den Autoren besonders relevant erscheinen. Wie *Gast* es treffend formuliert:

„Vom Kommentator wird erwartet, dass er Lehrbücher, Monografien, Aufsätze und die Rechtsprechung ausgewertet hat und den Extrakt aus der Masse liefert. Dazu gehört, ‚beachtliche‘ von ‚unbeachtlichen‘ Meinungen und Publikationen zu trennen“²

Hierbei spielen mehrere Faktoren eine Rolle: Nicht ganz unbedeutend ist der bloße Zufall, der bestimmt, welche Texte der Kommentator liest und welche ihm verborgen bleiben. Selbst wenn der Autor alle relevanten Texte einbauen wollte, bestand in der

¹ *Jestaedt*, Wissenschaftliches Recht, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 117, 119 bezeichnet rechtsanwendungsanleitende Kommentare als „kongeniales Publikationsformat“ der Dogmatik.

² *Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Auflage 2015, S. 172 f.

prädigitalen Ära das Problem, dass er einige davon möglicherweise gar nicht fand oder diese nicht verfügbar waren, und heute, dass er möglicherweise in der Überfülle der Suchergebnisse bei *juris* und *beck-online* einschlägige Texte übersieht. Doch auch andere Parameter³ können entscheidend sein, wie die Lebensumstände des Autors, also wieviel Zeit und Gedanken er dem Werk widmen kann. Diese Faktoren können in dieser Abhandlung naturgemäß keine so große Rolle spielen.

Wichtiger sind Faktoren juristischer Natur: Wie versteht der Autor die Methodik und von welchen Grundannahmen über das Recht geht er aus? Welche Argumente hält er für geeignet, um den Leser zu überzeugen und welche beanspruchen Geltung, weil ein Gericht sie zu Begründung einer Entscheidung angeführt hat? Es geht in dieser Arbeit um die vermutete Zeitgebundenheit juristischer Argumentation in einem wissenschaftlichen Kommentar, der einen tendenziell akademisch geprägten und langanhaltenden Streit in einer praktisch bedeutenden Frage verhandelt. Die Vermutung geht dahin, dass ein Kommentator eher diejenigen Argumente verwenden wird, die in die Hauptströmungen seiner Zeit gut eingebettet sind und insbesondere die nicht mehr zeitgemäß erscheinenden Argumente und Thesen seines Vorgängers kritisch überarbeiten und sogar entfernen wird. Deshalb werden bei einem Auflagenvergleich Änderungen deutlich erkennbar. Bei Betrachtung dieser Änderungen lässt sich ein Schluss dahingehend ziehen, ob die Änderung an Entwicklungen in der allgemeinen Rechts- und Methodenlehre anknüpft.

II. Sprachgebrauch in dieser Arbeit

Zur Steigerung der Begriffsklarheit sollen an dieser Stelle einige grundlegende Begriffe definiert und erläutert werden.

1. Klärung der Begriffe „juristische These“ und „juristische Theorie“

Über die Bedeutung der Begriffe „These“ und „Theorie“ besteht keine Einigkeit. In dieser Arbeit sollen sie wie folgt verstanden werden:

Eine These soll eine Aussage benennen, die behauptet wird⁴ und deshalb begründet werden muss. Sie entscheidet nicht den Einzelfall, sondern stellt einen allgemein gefassten Lehrsatz dar. Ein Beispiel wäre: der zivilprozessuale Streitgegenstand wird

³ Hassemer, Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? 2012, S. 3, 12 schreibt den „Parameter[n] Temperament, Interessen und Routinen der einzelnen Wissenschaftler, die sich eher den Grundlagen ihres Fachs nahe sehen als der Praxis oder umgekehrt“ eine die Rechtswissenschaft verkomplizierende Rolle zu.

⁴ Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, 2008, S. 192; die Hypothese wiederum versteht er als eine bloße sachliche Annahme oder Vermutung, an die der Behauptende sich nicht gebunden hat, S. 193.

Sachregister

Argumentation 12, 226

- Argumentformen 30, 216
- begriffliche Argumente 33
- dogmatische Argumente 35
- folgenorientierte Argumente 36
- Grundoperationen 13
- offene Argumentation 134
- ontologische Argumente 34, 218
- Theorie 11
- These 10

Begriffsjurisprudenz 45

- Begriffspyramide 49
- in den ersten Auflagen 79

Bürgerliches Gesetzbuch 80

Dogmatik 16

- Bedeutung für Praxis 19
- Begriff 17
- Einflüsse 25
- Evolution 26
- Systembildung 19

Historische Rechtsschule 48

juristische Konstruktion 15, 50, 52

- Beispiel Rechtsschutzzanspruch 89

Juristische Konstruktion 12

Kernpunktlehre 175

- im Kommentar 196

Kommentar

- Funktion 6, 9

Methodenlehre 13

- Auslegung 44

- Gesetzesinterpretation 14

methodische Strömungen 212

- Argumentationstheorie 132
- Begriffsjurisprudenz 45
- Einfluss BVerfG 171
- Freirecht 82
- Hermeneutik 135
- Historische Rechtsschule 48
- Interessenjurisprudenz 84, 214
- Konstitutionalisierung 130
- nationalsozialistisches Rechtsdenken 106, 214
- im Kommentar 113, 118
- objektive Methode 60
- späte Wertungsjurisprudenz 170
- subjektive Methode 60
- Topik 132
- Wertungsjurisprudenz 123, 215

Prozessökonomie 189

Rechtsschutzzanspruch 89, 213

- in den späteren Auflagen 143, 183

Streitgegenstand

- Einheitlichkeit 4
- Kernpunktlehre 175
- Rechtsprechung BGH 3

Streitgegenstandsbegriff

- relativer 185

Wertungsjurisprudenz 123, 170

- funktionale Beziehungen 188
- im Kommentar 178

